

Hukum Internasional Sebagai Lex Causae oleh Badan Arbitrase Komersial Internasional

Huala Adolf*

This article discusses whether international law may be applied as lex causae by arbitral body. The international instruments used as comparative study are the Model Arbitration Law 1985, UNCITRAL Arbitration Rules, the ICC Rules of Arbitration, the ICSID Convention and the Indonesian National Law on Arbitration. The article suggests that although international law seems inappropriate to deal with commercial matters, in certain circumstances, it is possible.

A. Pengantar

Masalah hukum yang akan diterapkan oleh badan arbitrase adalah masalah yang tidak henti-hentinya menghiiasi buku-buku dan jurnal internasional mengenai arbitrase. Masalah ini dapat dinyatakan sebagai salah satu masalah krusial arbitrase disamping masalah pelaksanaan putusan arbitrase asing dan konflik kompetensi antara pengadilan negeri dan badan arbitrase.¹

Hukum yang akan berlaku ini dalam kaitannya dengan arbitrase dapat mencakup beberapa macam hukum. Hukum-hukum tersebut adalah:

* Huala Adolf (huala@bdg.centrin.net.id) adalah dosen pada Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran. Menulis berbagai artikel di media massa dan buku. Buku yang telah ditulisnya antara lain: *Aspek-aspek Negara dalam Hukum Internasional* (Rajawali pers, cet 3, 2003), *Arbitrase Komersial Internasional* (Rajawali pers, cet 3, 2002), *Hukum Ekonomi Internasional: Suatu Pengantar* (Rajawali pers, cet 3, 2003).

¹ Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, Deventer, Boston: Kluwer Law, 1990, hlm. 251.

- (1) hukum yang akan diterapkan terhadap pokok sengketa (*applicable substantive law* atau *lex causae*);
- (2) hukum yang akan berlaku terhadap persidangan arbitrase (*procedural law* atau *lex arbitri*);
- (3) hukum yang akan berlaku untuk menentukan kemampuan hukum salah satu pihak untuk membuat perjanjian arbitrase;
- (4) hukum yang akan berlaku terhadap perjanjian arbitrase; dan
- (5) hukum yang akan berlaku untuk pelaksanaan putusan arbitrase.²

Hukum yang akan berlaku akan sedikit banyak bergantung pada kesepakatan para pihak. Hukum yang akan berlaku tersebut dapat berupa hukum nasional suatu negara tertentu. Biasanya, hukum nasional tersebut ada atau terkait dengan nasionalitas salah satu pihak. Cara pemilihan inilah yang lazim diterapkan dewasa ini. Apabila salah satu pihak atau kedua belah pihak tidak sepakat mengenai salah satu hukum nasional tersebut, biasanya kemudian mereka akan berupaya mencari hukum nasional yang relatif lebih netral.

Alternatif lainnya yang memungkinkan adalah hukum perdagangan internasional atau prinsip-prinsip kepatutan dan kelayakan (*ex aequo et bono*) apabila para pihak memang menghendakinya.³ Pertanyaan sentral dalam tulisan ini adalah: apakah hukum internasional dapat digunakan atau dipilih oleh para pihak sebagai hukum yang akan diterapkan oleh badan arbitrase komersial terhadap pokok sengketa (*lex causae*)?

B. Kebebasan Para Pihak

Dalam menentukan badan atau lembaga penyelesaian sengketa yang akan menyelesaikan suatu sengketa, prinsip yang berlaku

² M. Hulieatt-James and N. Gould, *International Commercial Arbitration: A Handbook*, London, New York, Hong Kong: LLP, 1996, hlm.13.

³ Lihat Mauro Rubino-Sammartano, *International Arbitration Law*, Deventer, Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, hlm. 251-255.

adalah kesepakatan para pihak yang didasarkan pada kebebasan para pihak dalam membuat perjanjian atau kesepakatan (*party autonomy*). Adalah kesepakatan para pihak untuk menggunakan negosiasi, mediasi, pengadilan nasional, badan arbitrase, dll. Begitu pula, adalah kebebasan para pihak untuk menentukan hukum yang akan digunakan (*lex causae*) oleh badan penyelesaian sengketa, misalnya arbitrase, untuk menyelesaikan sengketa yang diserahkan kepadanya.

Kebebasan para pihak ini tampaknya sudah menjadi prinsip hukum umum. Artinya, hampir setiap sistem hukum di dunia, yaitu Common Law, Hukum Islam, Civil Law, hukum komunis, atau hukum Amerika Latin mengakui eksistensinya. Bahkan, praktik para pelaku bisnis atau pedagang, melihat prinsip kebebasan para pihak untuk menetapkan aturan-aturan dagang yang berlaku di antara mereka, merupakan suatu prinsip yang telah terkristalisasi. Prinsip inilah yang antara lain melahirkan prinsip atau doktrin *lex mercatoria*.

Kebebasan dalam memilih *lex causae* ini sudah barang tentu ada batas-batasnya. Yang paling umum dikenal adalah bahwa kebebasan memilih hukum tersebut adalah:

- (1) tidak bertentangan dengan UU atau ketertiban umum;
- (2) kebebasan tersebut harus dilaksanakan dengan itikad baik;⁴
- (3) hanya berlaku untuk hubungan dagang dan dalam bidang hukum kontrak;
- (4) tidak berlaku untuk menyelesaikan sengketa tanah; dan
- (5) tidak untuk menyelundupkan hukum.

C. Sifat Hukum Internasional

Masih banyak orang yang meragukan hukum internasional sebagai *lex causae*. Hal ini wajar, mengingat *lex causae* dalam kontrak-kontrak pada umumnya memang jarang mencantumkan

⁴ M. Hulieatt-James and N. Gould, *op.cit.*, hlm. 16.

hukum internasional. Secara singkat, kontrak internasional adalah kesepakatan (tertulis) di bidang hukum dagang atau keperdataan yang sifatnya dapat berlaku lebih dari satu sistem hukum yang mengikat para pihak yang membuatnya. Dari batasan tersebut, wajar apabila hukum internasional sedikit banyak tidak mempunyai kaitan apa pun di bidang hukum dagang atau keperdataan ini.

Sebelum menolak atau memperkuat asumsi tersebut di atas, ada baiknya melihat beberapa karakteristik hukum internasional terlebih dahulu. Hukum internasional semula dikenal sebagai hukum yang mengatur hubungan-hubungan antar bangsa atau 'negara' saja. Pandangan ini benar, khususnya manakala hukum internasional masih dalam tahap awal perkembangannya, yaitu khususnya pada awal abad ke-16 atau abad pertengahan.

Dalam perkembangannya kemudian, hal-hal yang menjadi subyek hukum internasional tidak lagi negara. Sebagai akibat semakin berkembangnya peran organisasi internasional, terjadinya peperangan antar negara atau antar kelompok tertentu dengan suatu negara, pelanggaran terhadap HAM, dll., telah menyebabkan lahirnya subyek-subyek hukum internasional baru. Sekarang organisasi internasional, beligerensi, palang merah internasional, Vatikan (Tahta Suci), telah menjadi subyek hukum internasional. Bahkan individu telah diterima dengan baik sebagai subyek hukum internasional, meskipun masih dalam arti subyek hukum internasional yang terbatas sifatnya. Setiap pelanggaran terhadapnya yang memiliki aspek atau perhatian masyarakat internasional, maka individu memiliki hak berdasarkan hukum internasional untuk mempertahankan haknya tersebut.

Di samping perluasan subyek hukum, obyek pengaturannya pun telah berkembang pesat. Hukum internasional sekarang tidak lagi mengatur hal-hal yang menyangkut kepentingan negara. tercakup dalam kaitan ini adalah antara lain masalah hukum perang atau humaniter, masalah kedaulatan negara atas wilayah darat, laut, udara/angkasa. Hukum internasional dewasa ini telah menyusup masuk ke dalam hal-hal yang menyangkut kepentingan individu atau orang perorangan. Masalah telekomunikasi, perlindungan hak

atas kekayaan intelektual, perlindungan satwa, tanaman, lingkungan, kesehatan, penanaman modal, perdagangan, sumber daya alam, perlindungan pekerja, HAM, dll., telah menjadi bidang kajian hukum internasional. Karena itu batas-batas bidang pengaturan antara hukum internasional dan bidang hukum lainnya, misalnya hukum kontrak internasional, dalam hal ini hukum perdata internasional menjadi sangat tipis. Hal ini telah banyak diakui oleh banyak sarjana. Philip C. Jessup misalnya menggunakan istilah *Transnational Law*. Beliau menggunakan istilah ini karena melihat perbedaan antara hukum perdata (internasional) dan hukum publik internasional begitu tipis. Mochtar Kusumaatmadja bahkan dengan sengaja tidak memberi batasan yang tegas antara hukum internasional dan hukum perdata internasional. Beliau memberi batasan hukum internasional sebagai berikut:

*"Hukum internasional publik adalah keseluruhan kaedah-kaedah dan azas-azas hukum yang mengatur hubungan atau persoalan yang melintasi batas-batas negara-negara (hubungan internasional) yang bukan bersifat perdata."*⁵

Pendekatan Mochtar Kusumaatmadja dalam membedakan antara hukum internasional publik dengan hubungan-hubungan yang bersifat perdata (dalam hal ini hukum perdata internasional) tersebut tidak bersifat konklusif. Pendekatan ini dilakukannya mengingat memang sulit untuk memilah-milah bidang apa saja yang menjadi wilayah pengaturan hukum internasional publik dan wilayah-wilayah mana saja yang menjadi subyek pengaturan hukum perdata internasional.

D. Pilihan Hukum Internasional Sebagai Lex Causae dalam Perjanjian Internasional

Dari berbagai perjanjian internasional, baik yang bersifat *hard law* maupun *soft law*, kecenderungan yang tampak adalah bahwa perjanjian-perjanjian tersebut tidak menyebut secara tegas hukum

⁵ (Huruf tebal oleh penulis) Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: Binacipta, 1978, hlm. 1.

internasional sebagai *lex causae*. Beberapa perjanjian internasional tersebut adalah *ICC New Rules on Arbitration*, *UNCITRAL Arbitration Rules 1975* dan Konvensi ICSID 1965. Pasal 14 ayat (3) *Rules of Arbitration ICC* menyatakan:

"3. The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the rule of conflict which he deems appropriate."

Pasal 33 ayat (1) *UNCITRAL Arbitration Rules* menyatakan sebagai berikut:

"1. The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict-of-law rules which it considers applicable."

Dari kedua aturan tersebut di atas, secara eksplisit tampak bahwa: *pertama*, adalah kebebasan para pihak untuk menentukan hukum yang akan berlaku terhadap pokok perkara. Kedua instrumen tersebut menyatakan hukum yang dipilih oleh para pihak tanpa menyebut suatu hukum tertentu, termasuk di dalamnya hukum internasional. Yang tersirat adalah pilihan hukum secara tegas (eksplisit), (yaitu rumusan '*the law designated by the parties*' sebagaimana termuat dalam *UNCITRAL Arbitral Rules*, dan rumusan '*the parties shall be free to determine the law to be applied ...*' sebagaimana termuat dalam *ICC Rules of Arbitration*). Kedua, manakala para pihak tidak memilih hukumnya dalam kontrak. Rumusannya adalah, '*failing such designation by the parties...*' (*UNCITRAL Arbitration Rules*) atau '*in the absence of any indication of the parties as to the applicable law ...*' (*ICC Rules of Arbitration*).

Dalam hal tidak adanya pilihan hukum tersebut, kedua instrumen memerintahkan arbitrator atau badan arbitrase (*the UNCITRAL Arbitration Rules*) untuk menerapkan hukum dengan

menerapkan aturan-aturan hukum perdata internasional yang mereka anggap '*applicable*' (versi UNCITRAL *Arbitration Rules*) atau '*appropriate*' (versi ICC *Rules of Arbitration*). Sadar atau tidak sadar, pada umumnya penerapan aturan-aturan hukum perdata internasional terhadap kontrak-kontrak pada umumnya, sangat jarang ditemui aturan-aturan perdata internasional yang kemudian menentukan hukum yang akan berlaku mengacu kepada hukum internasional.

Terlepas dari itu, dari bunyi rumusan dua instrumen tersebut, sebenarnya dapat ditafsirkan kata hukum (*law*) secara luas. Hukum (*law*) tersebut dapat berupa hukum nasional (hukum kontrak) salah satu negara para pihak, hukum negara (hukum kontrak) dari negara ketiga atau negara netral sepanjang disepakati para pihak. Dapat ditafsirkan pula bahwa kata hukum (*law*) tersebut dapat saja *law* dalam arti *lex mercatoria* (seperti yang telah umum diakui oleh banyak sarjana).⁶ Atau, alternatif lain, kata hukum (*law*) tersebut dapat juga berarti hukum internasional.

Di samping kedua perjanjian tersebut, menarik dikemukakan di sini bahwa Konvensi ICSID (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*) ternyata secara tegas mengakui eksistensi hukum internasional sebagai *lex causae*. Pasal 42 (1) Konvensi ICSID menyatakan:

"(1) *The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the*

⁶ Lihat misalnya Mauro Mario-Sabbatano, *op.cit.*, hlm 255; Ole Lando, 'The Law Applicable to the Merits of the Dispute,' dalam: Julian Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, Dordrecht, Boston, Lancaster: Martinus Nijhoff Publ., 1987, hlm. 104 (Lando menyatakan bahwa '*A choice of the lex mercatoria is becoming more and more frequent in international contracts*'); Berthold Goldman, 'The Applicable Law: General Principles of Law - The *Lex Mercatoria*,' dalam: Julian Lew, *op.cit.*, hlm. 113 dst. (Goldman pendukung kuat *lex mercatoria*. Beliau antara lain menyatakan bahwa *lex mercatoria* tidak saja dicantumkan dalam klausul-klausul kontrak internasional, tetapi juga menjadi acuan di dalam putusan-putusan badan peradilan internasional). Referensi lebih lanjut, lihat: Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, Jakarta: Rajawali, cet. 3, 2002, hlm 43 dst.

Tribunal shall apply the law of the Contract State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable)."

Pasal 42 di atas sebenarnya juga tidak melihat hukum internasional sebagai suatu sumber hukum utama sebagai *lex causae*. Pasal itu pun juga tidak tegas menyatakan hukum internasional sebagai *lex causae*, tetapi hanya menyebutnya dengan '*such rules of international law as may be applicable*.' Dengan kata lain, penerapan hukum internasional sebagai *lex causae* masih juga tunduk pada syarat-syarat penerapannya, yaitu khususnya hukum internasional yang mungkin atau dapat diterapkan (*as may be applicable*).

Dengan demikian, bunyi pasal tersebut memberi keleluasaan yang cukup besar kepada arbitrator untuk menerapkan aturan-aturan hukum apa saja (*such rules*) yang dapat diterapkan (*as may be applicable*).

Permasalahannya adalah apa yang dimaksud dengan '*such rules ... as may be applicable*' tersebut. Bunyi rumusan yang terbuka ini meskipun dengan tegas mengakui eksistensi hukum internasional, namun di dalamnya tampak ada keragu-raguan dari si perancang konvensi tersebut tentang hukum internasional yang mana dan hukum internasional bidang apa yang dapat dituangkan sebagai *lex causae* untuk masalah kontrak dagang atau komersial.

E. Hukum Internasional Sebagai Lex Causae Menurut Hukum Nasional

Dalam bagian ini, hukum yang sengaja penulis jadikan obyek tulisan adalah hukum nasional Indonesia dan *UNCITRAL Model Law on Commercial Arbitration 1985*. *UNCITRAL Model Law* sengaja penulis angkat karena *Model Law* ini telah cukup banyak diadopsi negara-negara di dunia. Dengan demikian dapatlah dinyatakan di sini bahwa muatan *Model Law* ini telah terefleksi atau acuan dari hukum nasional di kebanyakan negara di dunia.

Dalam hukum nasional Indonesia mengenai arbitrase, yaitu UU Nomor 30 tahun 1999 mengenai Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, hukum yang akan diberlakukan oleh para pihak diserahkan sepenuhnya kepada mereka. UU ini tidak secara tegas mencantumkan hukum internasional sebagai *lex causae*. Pasal 56 UU tersebut menyatakan:

- "(1) Arbiter atau majelis arbitrase mengambil putusan berdasarkan ketentuan hukum, atau berdasarkan keadilan dan kepatutan.
- (2) Para pihak berhak menentukan pilihan hukum yang akan berlaku terhadap penyelesaian sengketa yang mungkin telah timbul antara para pihak."

Bunyi ketentuan Pasal 56 tersebut juga tidak menyebut hukum internasional sebagai *lex causae*. Pasal tersebut hanya mengakui kebebasan para pihak untuk memilih hukum yang akan berlaku terhadap penyelesaian sengketa (pokok perkara) yang timbul di antara mereka.

~~Model Arbitration Law 1985~~ juga menghormati kebebasan para pihak untuk memilih hukum yang akan berlaku. ~~Pasal 28 Model Law~~ menggariskan sebagai berikut:

- "(1) *The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules.*"
- (2) *Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.*
- (3) *The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or amiable compositeur only if the parties expressly authorized to do so.*
- (4) *In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.*"

Dari kedua instrumen hukum di atas, terdapat beberapa catatan pinggir yang cukup penting. Pertama, yang menonjol adalah bahwa kedua instrumen berbeda di dalam hal prioritas pengaturan mengenai hukum yang berlaku terhadap kontrak. UU Nomor 30 tahun 1999 menekankan bahwa arbitrator atau badan arbitrase harus menyandarkan pada hukum untuk mengambil putusan. Pasal ini tidak menentukan atau mensyaratkan bahwa hukum yang akan diterapkan tersebut haruslah pilihan hukum para pihak. Sedangkan *Model Law* dengan tegas menyatakan bahwa badan arbitrase harus menerapkan hukum yang dipilih para pihak. Tampaknya, ketentuan UU Nomor 30 tahun 1999 ini perlu disempurnakan dengan mengacu atau mencantumkan klausul *Model Law* ini.

Kedua, UU Nomor 30 tahun 1999 membolehkan arbitrator atau badan arbitrase untuk menerapkan *ex aequo et bono* (Pasal 56 ayat 1). Ketentuan yang sama dalam *Model Law* tercantum dalam pasal 28 ayat 3. Bedanya adalah, UU nasional kita tidak tegas bahwa penerapan keadilan dan kepatutan ini hanya akan boleh dilakukan apabila para pihak dengan tegas diperintahkan oleh para pihak. Penjelasan Pasal 56 hanya menyebut: 'Dalam hal arbiter diberi kebebasan...' Rumusan ini tidak tegas siapa yang memberi kebebasan untuk memberikan putusan berdasarkan keadilan dan kepatutan.

Ketiga, adalah masalah manakala para pihak tidak memilih hukum yang akan berlaku terhadap kontrak. Dalam hal ini, UU nasional kita dan *Model Law* memuat aturan yang berbeda, terutama dengan instrumen-instrumen hukum internasional di bidang arbitrase seperti *UNCITRAL Arbitration Rules* atau *ICC Rules of Arbitration* (sebagaimana diuraikan di atas).

Perbedaan dua instrumen di atas dengan instrumen hukum internasional lainnya cukup transparan. UU nasional kita tampaknya menganut jalan pintas. Penjelasan pasal 56 UU Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menyebutkan, apabila para pihak tidak menentukan pilihan hukum, maka arbitrator atau badan

arbitrase harus menerapkan *hukum tempat arbitrase dilakukan*. Sedangkan *Model Law* menyatakan bahwa apabila para pihak tidak memilih hukum, maka badan arbitrase atau arbitrator harus mengacu kepada hukum yang ditentukan berdasarkan aturan-aturan hukum perdata internasional (*conflict of laws rules*) yang oleh arbitrator atau badan arbitrase dianggap berlaku.

Pendek kata, dari uraian di atas dan berdasarkan kedua instrumen hukum tersebut, kesempatan hukum internasional untuk menjadi *lex causae* adalah sangat tipis.

F. Hukum Internasional Sebagai Lex Causae dalam Putusan Pengadilan

Selama ini, belum ada tercatat badan peradilan arbitrase memutuskan perkara dengan menerapkan hukum internasional. Satu alasan yang dapat diterima adalah karena pada prinsipnya putusan arbitrase bersifat rahasia. Dengan sifatnya ini, wajarlah apabila kemudian tidak ada literatur atau data mengenai penerapan hukum internasional sebagai *lex causae* ini.

Namun demikian, putusan sengketa *Texaco v. Libya* (*Texaco Overseas Petroleum Co and California Arabic Oil Co v. Libya*, 1977), yaitu sengketa antara perusahaan minyak Amerika Serikat Texaco melawan pemerintah Libya dapat dipublikasikan. Dalam sengketa ini terangkat peran hukum internasional sebagai *lex causae*. Dalam sengketa ini Libya menasionalisasi semua aset, harta milik, hak-hak perusahaan Amerika Serikat. Perusahaan Amerika Serikat yang beroperasi di Libya berdasarkan perjanjian konsesi minyak di Libya.

Dalam kontrak konsesi, klausul 28 mengenai hukum yang akan berlaku terhadap kontrak, menyatakan sebagai berikut:

"The concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in

accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals."

Dalam pilihan hukum tersebut tampak bahwa hukum Libya-lah yang akan berlaku terhadap kontrak konsesi. Namun hukum Libya tersebut terbatas daya berlakunya, yaitu sepanjang sesuai atau sama pengaturannya dengan prinsip-prinsip hukum internasional. Memang sulit untuk menafsirkan atau mengartikan prinsip-prinsip hukum internasional apa yang dimaksud. Hal ini tidak saja tidak jelas, tetapi juga dapat dipastikan akan menimbulkan kesulitan di kemudian hari apabila klausul tersebut diterapkan.

Dalam penerapan hukum ini, menarik apa yang dilakukan oleh arbitrator tunggal untuk kasus ini. Arbitrator berkebangsaan Perancis ternama yaitu Profesor Dupuy dengan tepat telah menyatakan bahwa hukum yang akan berlaku terhadap kontrak konsesi tersebut adalah hukum yang dipilih oleh para pihak.⁷ Profesor Dupuy berpendapat antara lain bahwa kontrak yang dibuat antara pemerintah Libya dan perusahaan minyak Amerika Serikat, Texaco, adalah mengikat sifatnya. Hal ini sesuai dengan prinsip hukum internasional (*pacta sunt servanda*).⁸

Putusan tersebut dengan tegas mengungkapkan penerapan hukum internasional terhadap pokok sengketa (*lex causae*). Dalam hal ini arbitrator Dupuy mengemukakan prinsip hukum internasional *pacta sunt servanda* sebagai prinsip hukum internasional yang berlaku terhadap kontrak. Berdasarkan prinsip ini, kontrak yang dibuat para pihak adalah mengikat sifatnya.

G. Hukum Internasional Sebagai Lex Causae Menurut Doktrin

Tidak banyak sarjana yang berani memberi komentar mengenai status hukum internasional dalam hubungannya dengan kontrak

⁷ Paragraf 47 Putusan.

⁸ Lihat ringkasan putusan dalam: D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, London: Sweet and Maxwell, 5th.ed., 1998, hlm 575.

bisnis. Dengan kata lain, apakah hukum internasional mampu atau dapat mengatur kontrak bisnis?⁹ Pertanyaan ini sangat relevan mengingat apa yang telah dikemukakan dalam awal tulisan ini, hukum internasional tidak lagi semata-mata mengatur hubungan-hubungan antar negara, tetapi juga masalah yang cukup luas hingga mengatur soal-soal individu, perdagangan atau ekonomi,

Terlepas dari pernyataan di atas, sarjana terkemuka Redfern dan Hunter, memberi argumentasinya yang cukup penting dan patut mendapat sambutan. Menurut kedua penulis ini, hukum internasional dapat diterapkan terhadap kontrak-kontrak bisnis atau kontrak komersial, khususnya manakala salah satu pihak dalam suatu kontrak, adalah kontrak-kontrak komersial, khususnya manakala salah satu pihaknya adalah negara.¹⁰

Pendapat kedua sarjana ini lahir dengan didasarkan pada argumentasi hakim Megaw dalam putusannya tahun 1982 mengenai sengketa antara *Orion Companie Espanola de Sequros v. Belfact Maatschappij voor Algemene Verzekuring*. Hakim Megaw menyatakan sebagai berikut:¹¹

"Thus, it may be, though perhaps it would be unusual, that the parties could validly agree that a part, or the whole, of their legal relationships should be decided by the arbitral tribunal on the basis of foreign system of law, or perhaps on the basis of principles of international law, for example, in a contract to which a Sovereign State was a party." (Huruf miring tebal oleh penulis).

⁹ Cf., Misalnya Ole Lando dalam tulisannya yang khusus mengenai hukum substatif terhadap pokok perkara tidak menyebut kemungkinan hukum internasional sebagai *lex causae*. (Lando, *op.cit.*, hlm. 101-112); Sudargo Gautaman, Masalah-masalah Perdagangan, Perjanjian, *Hukum Perdata Internasional dan Hak Milik Intelektual*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1992, khususnya hlm. 101-109).

¹⁰ Alan Redfern and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet and Maxwell, 1986, hlm. 80.

¹¹ Redfern and Hunter, *op.cit.*, hlm. 80.

Dalam argumentasi selanjutnya, Redfern dan Hunter mengakui bahwa hukum internasional tidaklah sempurna. Hukum internasional pun belum berkembang pada tahap awal dimana ia mampu mengatur masalah-masalah kontrak komersial. Perannya pun menurut mereka sangat terbatas. Hukum internasional baru akan memainkan perannya dalam kontrak manakala salah satu pihaknya, adalah negara. Di samping itu, penting pula dinyatakan di sini bahwa hukum internasional sejak semula memang tidak dirancang untuk mengatur hubungan-hubungan bisnis atau komersial antara para pedagang atau pengusaha yang sifatnya lintas batas.¹²

F. Evaluasi

Uraian di atas dapat mengisyaratkan bahwa hukum internasional ternyata dapat berperan sebagai suatu alternatif *lex causae* oleh badan arbitrase atau arbitrator. Penerapan hukum internasional, terutama seperti tampak dalam sengketa *Texaco v Libya*, mengisyaratkan beberapa catatan berikut.

Kesatu, karakteristik atau sifat hukum internasional yang mengatur subyek hukum internasional terpenting yaitu negara, masih melekat dalam kaitannya dengan kontrak internasional. Dalam hal ini hukum internasional dapat berperan sebagai *lex causae* manakala salah satu pihaknya (atau kedua belah pihaknya) adalah negara. Dalam sengketa *Texaco v Libya*, tampak salah satu pihak adalah negara (yaitu Libya). Khususnya untuk sengketa ini, pilihan hukum yang disepakati oleh para pihak adalah hukum Libya yang sesuai dengan hukum internasional.

Memang hukum internasional di sini sebetulnya dipakai sebagai pedoman saja, yakni bahwa hukum Libya yang akan berlaku adalah sesuai dengan hukum internasional. Tidak ada catatan mengapa klausul pilihan hukum yang tidak lazim tersebut

¹² Redfern and Hunter, *op.cit.*, hlm. 80.

dipilih atau dirumuskan seperti itu. Hal yang dapat disimpulkan adalah bahwa pihak Texaco (Amerika Serikat) tidak terlalu memahami hukum Libya. Kemungkinan kedua, pihak Texaco dapat saja kurang memahami hukum Libya. Dapat pula Texaco melihat hukum Libya akan lebih melindungi posisi Libya. Kemungkinan lainnya yang lebih relevan, hukum (komersial) Libya mungkin saja dapat berubah, sedangkan hukum internasional relatif lebih permanen.

Untuk itulah, guna mencegah aturan-aturan hukum nasional tersebut berubah atau lebih pro kepada pemerintah Libya yang pada akhirnya dapat merugikan pihak Texaco, maka dibuatlah bunyi klausul seperti itu. Dan dalam penyelesaian sengketa, ternyata arbitrator dapat upaya memutuskan keabsahan kontrak konsesi, mengacu atau menyandarkannya pada aturan hukum internasional, yaitu prinsip *pacta sunt servanda*.

Kedua, seperti tampak dari sengketa *Texaco v. Libya* pula, penerapan hukum internasional ternyata diberlakukan untuk kontrak pembangunan (*development contract*), bukan kontrak komersial pada umumnya. Kontrak pembangunan adalah kontrak-kontrak yang memuat kerja sama antara negara dengan perusahaan asing di bidang-bidang yang umumnya menyangkut sumber daya alam. Kontrak-kontrak seperti ini biasanya pun berjangka waktu lama. Biasanya antara 30 tahun hingga lebih dan dapat diperpanjang kembali atas kesepakatan para pihak. Kontrak-kontrak seperti ini adalah kontrak-kontrak di bidang pertambangan, seperti kontrak *production sharing*, kontrak konsesi, dll.

Permasalahan selanjutnya adalah prinsip-prinsip apa saja yang dikenal dalam hukum internasional yang dapat diterapkan terhadap kontrak internasional. Dalam sengketa *Texmaco v. Libya*, arbitrator Dupuy merujuk prinsip *pacta sunt servanda*, yaitu prinsip yang menegaskan bahwa kesepakatan para pihak yang tertuang dalam kontrak adalah mengikat para pihak. Prinsip lainnya yang menurut hemat penulis relevan adalah prinsip itikad baik (*good faith*), kebebasan para pihak untuk membuat kontrak (*party autonomy*),

prinsip ganti rugi (misalnya dalam hal nasionalisasi perusahaan atau aset milik warga negara asing), dan prinsip keadaan memaksa (*force majeure*).